



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5005782-58.2018.4.04.7004/PR

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER

APELANTE: FARMACIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA (RÉU)

APELANTE: VANESSA YURI FUGIMOTO (RÉU)

APELANTE: IGOR SHODY FUGIMOTO (RÉU)

APELANTE: YUKIE YOSHIOKA FUGIMOTO (RÉU)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL
PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI
8.429/92. AÇÃO ORDINÁRIA. ELEMENTOS
PROBATÓRIOS SUFICIENTES QUANTO ÀS
IRREGULARIDADES NA INSERÇÃO DE INFORMAÇÕES
DE DISPENSAÇÕES FICTAS NO SISTEMA ELETRÔNICO
DO DENASUS. PRÁTICA DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA. PREJUÍZO AO ERÁRIO.
CONDENAÇÃO MANTIDA. VALOR DO DEPÓSITO.
ABATIMENTO DO MONTANTE APURADO PARA O
PREJUÍZO AO ERÁRIO. PENDÊNCIA DE TRÂNSITO EM
JULGADO DA AÇÃO DE CONHECIMENTO.

1. Os fatos descritos na ação civil pública por ato de improbidade administrativa envolvem sociedade empresária enquanto participante do Programa “Farmácia Popular do Brasil”, consistentes em irregularidades na inserção de informações de dispensações fictas no sistema eletrônico do DENASUS, causando, dessa forma, grave dano ao erário federal e violação dos princípios da administração pública.

2. Os fatos da ação ordinária referem-se à auditoria na empresa em que se apurou irregularidades, tendo transcorrido aproximadamente 02 anos desde a primeira notificação, o que culminou na sua impossibilidade de ser restabelecida ao Programa Farmácia Popular do Brasil – PFPB, de ter conhecimento de quais são os valores finais e definitivos a serem devolvidos e de ter oportunidade de discutir sobre a procedência ou não do relatório final da auditoria apresentada.

3. As provas contidas nos autos comprovam a prática pela ré dos atos de improbidade administrativa, previstos nos artigos 10, inciso I, e 11, inciso I, ambos da Lei n.º 8.429/1992.

4. Mantida a condenação tal qual determinado na sentença, uma vez que, considerando o fato de que as pessoas jurídicas são sujeitos de direito, possuindo individualidade distinta das pessoas físicas ou jurídicas que concorreram para a sua criação, bem como o que se comprovou nestes autos, tanto a pessoa jurídica quanto seus administradores devem responder pelo ato ímprobo.

5. Tendo em vista que a ação de conhecimento ainda discute a pretensão posta em Juízo pelo autor (pendente de trânsito em julgado, portanto), não há como abater, neste momento, o valor do depósito com aquele apurado como prejuízo ao Erário.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 07 de dezembro de 2020.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta em face do julgamento conjunto das causas veiculadas nos processos nº 5005782-58.2018.4.04.7004 (ação civil pública movida pelo MPF contra FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA., IGOR SHODY FUGIMOTO, VANESSA YURI FUGIMOTO e YUKIE YOSHIOKA FUGIMOTO) e nº 5005985-20.2018.4.04.7004 (ação ordinária movida por FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA. contra a UNIÃO FEDERAL) em razão de supostos atos ímprobos praticados envolvendo a empresa, cujos sócios administradores eram IGOR, VANESSA e YUKIE, consistentes na simulação de venda de medicamentos pelo Programa Farmácia Popular, sendo apurado um prejuízo aos cofres federais no valor de R\$ 124.753,77 (cento e vinte e quatro mil setecentos e cinquenta e três reais e setenta e sete centavos).

Sobreveio sentença com o seguinte dispositivo (evento 102):

"1. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL na Ação Civil Pública de Improbidade n.º 5005782-

58.2018.4.04.7004, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de:

a) reconhecer a prática pelos réus FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA., IGOR SHODY FUGIMOTO, VANESSA YURI FUGIMOTO e YUKIE YOSHIOKA FUGIMOTO, de atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 10, inciso I, e 11, inciso I, ambos da Lei n.º 8.429/1992;

b) condená-los, solidariamente, ao ressarcimento integral do dano causado ao erário federal, no valor de R\$ 124.753,77 (cento e vinte e quatro mil setecentos e cinquenta e três reais e setenta e sete centavos), atualizado até 28/10/2017. A partir de 29/10/2017 deverá incidir a taxa SELIC para fins de correção monetária e juros de mora até a data do efetivo pagamento; e

c) proibi-los de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos, tudo nos termos do artigo 12, inciso I, da Lei n.º 8.429/1992, em razão da prática de atos de improbidade administrativa.

d) condenar a ré FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA. ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); a ré VANESSA YURI FUGIMOTO ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); e os réus IGOR SHODY FUGIMOTO e YUKIE YOSHIOKA FUGIMOTO ao pagamento, cada um, de multa civil no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

A multa civil deverá ser atualizada pelo IPCA-E a partir da data desta sentença. A partir do trânsito em julgado, quando passam a ser devidos juros de mora, o valor deverá ser corrigido por meio da SELIC, até o efetivo pagamento (art. 406 do Código Civil).

Sem custas e honorários (art. 18 da Lei nº 7.347/1985).

2. De outro lado, julgo improcedentes os pedidos formulados pela FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA na Ação de Conhecimento n.º 5005985-20.2018.4.04.7004, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condeno a autora ao pagamento de honorários de sucumbência em favor da UNIÃO, os quais fixo em 10% (dez) por cento do valor atribuído à causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, inciso I, do CPC, bem como ao pagamento das custas processuais remanescentes." (grifei)

Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelos demandados (evento 113).

FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA, IGOR, VANESSA e YUKIE apelaram em relação às duas ações. Em suas razões recursais, reconhecem parcialmente as irregularidades verificadas pela auditoria, irresignando-se quanto à totalidade delas apontada, bem como quanto ao suposto dano ao Erário. Os elementos probatórios comprovam a ausência de prática de conduta ímproba, ante (a) a ausência de dolo nas dispensações em nome das pessoas falecidas, tratando-se de meras irregularidades; (b) o reconhecimento do uso do medicamento pelo funcionário da empresa auditada; (c) a testemunha compromissada confirmou a normalidade do recebimento dos medicamentos perante o Juízo; (d) a desconsideração das notas fiscais localizadas posteriormente à auditoria como meio de prova; (e) o procedimento equivocado durante a auditoria; (f) a ausência de notas fiscais de compra de medicamentos não podem servir de embasamento para vendas fictícias de mercadorias. A multa civil deve ser fixada somente em face da pessoa jurídica. Informam depósito judicial em 06/09/2018 no valor de R\$ 120.755,67 (cento e vinte mil setecentos e cinquenta e cinco reais e sessenta e sete centavos) e valor retido pelo próprio DENASUS em 2016 no montante de R\$ 3.998,10 (três mil novecentos e noventa e oito reais e dez centavos). Postulam a reforma da sentença, julgando-se a procedência da Ação Ordinária e a improcedência da Ação Civil Pública, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Apresentadas as contrarrazões pelo MPF, vieram os autos a este Regional (evento 126).

Em parecer, o Douto Órgão Ministerial manifestou-se pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

1. Julgamento conjunto

Considerando que as ações de nº 5005782-58.2018.4.04.7004 (ação civil pública movida pelo MPF contra FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA., IGOR SHODY FUGIMOTO, VANESSA YURI FUGIMOTO e YUKIE YOSHIOKA FUGIMOTO) e nº 5005985-20.2018.4.04.7004 (ação ordinária movida por FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA. contra a UNIÃO FEDERAL) referem-se aos mesmos fatos, o que ensejou o julgamento conjunto em Primeiro Grau, procedo da mesma forma na análise dos recursos interpostos.

2. Do caso dos autos

2.1. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo MPF em face de Farmácia e Drogaria Fugimoto Ltda., Igor Shody Fugimoto, Vanessa Yuri Fugimoto e Yukie Yoshioka Fugimoto

O MPF narrou, em resumo, fatos envolvendo a sociedade empresária FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA – ME, cujos sócios administradores eram IGOR, VANESSA e YUKIE, enquanto participante do Programa “Farmácia Popular do Brasil”, consistentes em irregularidades na inserção de informações de dispensações fictas no sistema eletrônico do DENASUS, causando, dessa forma, grave dano ao erário federal e violação dos princípios da administração pública, previstos, respectivamente, nos artigos 10, inciso I, e 11, inciso I, ambos da lei nº 8.429/92.

O *modus operandi* utilizado pelos responsáveis do estabelecimento auditado compreendia o emprego ilícito de nomes e CPFs de supostos beneficiários do Programa para alimentar o sistema autorizador para, com isso, receberem por medicamentos que não foram de fato vendidos

O autor destacou que se valendo desse procedimento, o a sociedade empresária recebeu indevidamente dos cofres federais o montante apurado de R\$ 124.753,77 (cento e vinte e quatro mil setecentos e cinquenta e três reais e setenta e sete centavos), o que aponta para inúmeras operações fraudulentas, tendo em vista que os valores repassados pertinentes a cada medicamento são pequenos, quando considerados isoladamente.

Assim, imputou-se à demandada a prática de condutas previstas nos artigos 10, inciso I e 11, inciso I, ambos da Lei n.º 8.429/92.

2.2. Ação ordinária promovida por FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA. em face da União Federal

Os fatos descritos por FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA. na exordial da ação ordinária referem-se à auditoria da DATASUS na empresa em que se apurou irregularidades, tendo transcorrido aproximadamente 02 anos desde a primeira notificação, o que culminou na sua impossibilidade (a) de ser restabelecida ao Programa Farmácia Popular do Brasil – PFPB, (b) impossibilidade de ter conhecimento de quais são os valores finais e definitivos a serem devolvidos e (c) impossibilidade de ter oportunidade de discutir sobre a procedência ou não do relatório final da auditoria apresentada.

Busca tutela jurisdicional para ver restabelecido o seu direito na participação do Programa Farmácia Popular do Brasil – PFPB, revogando-se a suspensão aplicada ao caso, bem como ter definido quais são as reais irregularidades e os valores que efetivamente devem ser ressarcidos, considerando que alguns dos valores pretendidos não são devidos.

A parte autora juntou comprovante judicial no valor de R\$ 120.755,67 (cento e vinte mil, setecentos e cinquenta e cinco reais, sessenta e sete centavos), possuindo valores retidos correspondentes às vendas do mês de setembro/2016, no valor de R\$ 3.998,10 (três mil, novecentos e noventa e oito reais, dez centavos), o que totaliza a quantia de R\$ 124.753,77 (cento e vinte e

quatro mil, setecentos e cinquenta e três reais, setenta e sete centavos) apurada para a devolução aos cofres públicos.

3. Mérito

A sentença recorrida foi proferida com os seguintes fundamentos de fato e de direito, os quais, a fim de evitar desnecessária tautologia, adoto como razões de decidir (evento 102):

"MÉRITO

Considerações sobre o Programa Farmácia Popular do Brasil

De início, urge destacar que o denominado programa "Farmácia Popular do Brasil", instituído pela Lei n.º 10.858/2004 e regulamentado pelo Decreto n.º 5.090/2004, objetiva promover o acesso da população a medicamentos, mediante o ressarcimento de parte de seu valor pelo governo federal, sendo que, conforme esclarecido pelo MPF, na petição inicial da ACP, "a operacionalização do programa é feita entre o Ministério da Saúde e a rede privada de farmácias e drogarias, as quais, após se cadastrarem para participar do programa, fornecem ao paciente o medicamento e informam a dispensação ao Ministério da Saúde por meio de um sistema informatizado específico."

Assim, uma vez firmado o convênio, os réus passaram a exercer uma função pública delegada, no caso a distribuição de medicamentos para a população com gestão das correspondentes verbas públicas, de modo que ostentam a condição de agentes públicos para fins de incidência da Lei n.º 8.429/1992, consoante artigo 2º ("Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.").

Dos atos de improbidade administrativa

(...)

Como visto, o MPF afirma que, após representação de particular, o Departamento de Auditoria do Sistema Único de Saúde - DENASUS realizou auditoria na empresa ré, ocasião em que constatou que esta simulava a venda de medicamentos pelo Programa Farmácia Popular. Sustenta, assim, que os réus receberam indevidamente dos cofres federais o valor de R\$ 124.753,77, o que a seu ver, caracteriza ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário e atenta contra os princípios da Administração Pública, na forma do artigo 10, inciso I e artigo 11, inciso I, ambos da Lei n.º 8.429/1992, respectivamente.

A parte ré, por sua vez, defende, em síntese, que não agiu com o intuito de lesar o PFPB e que as irregularidades apontadas na auditoria são, em grande parte, meramente formais, ensejando apenas responsabilização na via administrativa e não caracterizam atos de improbidade. Por essa razão, inclusive, pediu o restabelecimento de seu acesso ao sistema DATASUS.

Passo, então, a examinar a materialidade e autoria dos fatos imputados aos réus.

Caso concreto

Os documentos que instruem a petição inicial da Ação Civil Pública demonstram que o Departamento Nacional de Auditoria do SUS - DENASUS instaurou auditoria em face da ré FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA., na qual foram constatadas diversas irregularidades assim sintetizadas na conclusão do procedimento (cf. 'ANEXO5' - evento 1 ou 'PROCADM7' - evento 69):

"VIII - CONCLUSÃO

A empresa FUGIFARMA - FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA - ME na execução do Programa Farmácia Popular do Brasil - Aqui tem Farmácia Popular - descumpriu normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde. A empresa não comprovou as aquisições por meio de notas fiscais os medicamentos/correlatos dispensados no período entre 01/01/2014 e 16/09/2016, bem como verificou-se irregularidades nos cupons e/ou receitas médicas analisadas. Também foram encontrados registros de dispensações de medicamentos no âmbito PFPB em nome de pessoas após a data de óbito, e em nome do funcionário do estabelecimento auditado, o qual não comprovou a regularidade das dispensações realizadas. Foram evidenciadas ainda, dispensações de medicamentos em nome de pessoas que declararam em entrevista à equipe de auditoria, que não utilizam os medicamentos dispensados pela empresa FUGIFARMA - FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA - ME, tampouco possuem as patologias para os quais são indicados.

Verificou-se procedente a denúncia sobre possíveis irregularidades em dispensações de medicamentos e/ou correlatos no âmbito do PFPB encaminhada ao Ministério Público Federal/Procuradoria da República no Município de Umuarama. O auditado reconheceu as irregularidades apontadas pela denunciante.

Dessa forma, como a regularidade das dispensações não ficou comprovada, o valor de R\$ 124.753,77 (cento e vinte e quatro mil setecentos e cinquenta e três reais e setenta e sete centavos) deverá ser devolvido ao Fundo Nacional de Saúde com os devidos acréscimos legais, conforme indicado no módulo Proposição de Devolução, deste relatório. Bem como, a dedução pelo Departamento de Assistência

Farmacêutica e Insumos Estratégicos (DAF/MS), do valor de R\$ 2.527,91 (dois mil quinhentos e vinte e sete reais e noventa e um centavos), relativo à competência 09/2016, cujo pagamento encontra-se bloqueado por parte do Ministério da Saúde.

Tendo em vista as irregularidades registradas no relatório, sugere-se que seja encaminhado à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal/Procuradoria da República no Município de Umuarama para conhecimento e adoção de medidas julgadas necessárias.

Por fim, é importante que se esclareça que a implementação das providências de devolução de valores ao Fundo Nacional de Saúde/MS (FNS/MS), conforme mencionado anteriormente e indicado na planilha do capítulo PROPOSIÇÃO DA DEVOLUÇÃO deste relatório, dependerá, a princípio, de notificação a ser expedida pela Diretoria Executiva do FNS/MS, contudo, independentemente dessa notificação o auditado poderá, por iniciativa própria, providenciar referida devolução ao Ministério da Saúde, desde que devidamente atualizada monetariamente por índice oficial adotado pela União, acrescidos dos juros legais, cujas orientações para subsidiar a adoção desse procedimento para a quitação do débito estão expressas no ANEXO VII - Orientações para quitação do débito." - destaquei.

Examinando o aludido processo administrativo de auditoria, constata-se que as autoridades competentes realizaram detalhada fiscalização da documentação destinada a comprovar o empregado adequado dos recursos federais repassados à empresa ré FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA.

Após o relatório preliminar constatando as irregularidades, a parte ré foi notificada para apresentar suas justificativas e assim o fez, o que demonstra que o contraditório e a ampla defesa foram observados.

No relatório final da auditoria é possível constatar que toda a documentação apresentada pelos réus foi meticulosamente analisada pela fiscalização, que enfrentou uma a uma as justificativas apresentadas na defesa administrativa (cf. 'ANEXO4' e 'ANEXO5' - evento 1).

Em juízo, os réus reiteraram os argumentos expendidos na esfera administrativa sem, contudo, apresentar qualquer prova capaz de infirmar as razões exaradas no relatório final da auditoria (cf. evento 55).

*Na audiência de instrução e julgamento o réu **IGOR SHODY FUGIMOTO, sócio administrador da empresa**, afirmou, em seu depoimento pessoal, que retornou do Japão em 2011 e começou a trabalhar na empresa da família; disse que sua irmã VANESSA é a farmacêutica e atende os clientes, junto com o funcionário Alenoar e que eram eles que operavam o sistema do PFPB; que não sabe como é feita a dispensação dos medicamentos no âmbito do mencionado programa e nem ele, nem sua mãe (Yukie) tem acesso à*

plataforma e não atendiam balcão, permanecendo apenas no caixa; **que não sabe como a farmácia é administrada e teve conhecimento dos fatos após a notificação da empresa pelo MPF e da fiscalização do DENASUS; que provavelmente a administração da empresa cabe à sua irmã; que seus familiares sempre trabalharam como quiseram e ele não interferia** (cf. 'VÍDEO4' - evento 94).

A ré YUKIE YOSHIOKA FUGIMOTO, disse que **a administração da empresa é feita em conjunto (mãe e os filhos) e ela que assina os documentos da farmácia**; que participa do controle financeiro e contabilidade do estabelecimento; que não faz atendimentos no balcão e fica pouco no caixa; que seu filho IGOR fica no caixa; que sua filha VANESSA é a farmacêutica, a qual fica o tempo todo na empresa atendendo aos clientes, junto com o funcionário Alenoar; que não tem ideia do que aconteceu; que os medicamentos eram vendidos pelos funcionários; que sua filha VANESSA tinha acesso ao sistema de vendas; que nunca mexeu com o PFPB; que o serviço era totalmente delegado aos funcionários e que cada um tinha sua função; **que os problemas ocorreram devido a equívocos dos funcionários** (cf. 'VÍDEO3' - evento 94).

A ré VANESSA YURI FUGIMOTO, por sua vez, afirmou, em seu depoimento pessoal, **que é sócia da empresa**, responsável pela parte técnica, dispensação de medicamentos, psicotrópicos, venda, compra e seu irmão e sua mãe ficam no caixa e ali cuidam dos boletos, pagamentos e recebimentos de contas, parcelamento de dívidas. Disse que a dispensação dos medicamentos no âmbito do PFPB era feita da seguinte maneira: quando o paciente não encontrava o medicamento no SUS, ele comparecia na farmácia, portando a receita, apresentava seu documento de identificação e o estabelecimento tirava cópia da documentação e fornecia o medicamento, mediante assinatura do cliente e tais documentos eram arquivados. Sobre o problema ocorrido com a cliente de Rondônia, que efetuou a compra de um medicamento em janeiro/2016 e depois foram dispensados medicamentos nos meses subsequentes, sem o seu respectivo comparecimento na farmácia, a ré não soube explicar o motivo de tais fatos **e disse que nem todas as vendas era ela quem fazia**; que não sabe como foram feitas essas vendas; **que a farmácia sofreu com trocas de funcionários com contratos de experiência**; que não sabe esclarecer a razão dessas inconsistências; **que a farmácia passou por uma troca de sistema, o qual pode ter contribuído para as irregularidades**; que não tem conhecimento da entrega de medicamentos em nome de pessoas falecidas; quanto ao funcionário que, ouvido em auditoria, disse não ter retirado o medicamento, a ré justificou que pode ter ocorrido a troca de medicamento ou a suspensão e que não sabe como ele foi questionado, se ele estava tomando ou já havia tomado o medicamento; que nunca registrou a entrega de medicamento que não ocorreu; que em toda receita consta a assinatura do paciente que retirou o medicamento; **quanto aos beneficiários que não reconheceram suas assinaturas e que não se submetiam ao tratamento relacionado ao medicamento retirado, a ré disse que talvez pode ter ocorrido a alteração de prescrição médica ou a pessoa pode possuir várias assinaturas diferentes e esquecer que assinou; que a administração da**

empresa e o contador nunca perceberam a diferença de caixa na ordem de mais de R\$100.000,00; que a administração da farmácia é feita em conjunto entre a ré, sua mãe e seu irmão; que não sabia que a empresa estava com o estoque a descoberto, pois todo medicamento era retirado mediante assinatura do cliente, de modo que a ré achava que estava tudo certo; que não havia um controle rigoroso das vendas efetuadas no âmbito do PFPB; que não lembra se o sistema dispunha de algum relatório; que fazia questão de verificar se o cliente assinou o documento necessário à retirada dos medicamentos quando as vendas eram feitas pelos funcionários (cf. 'VÍDEO2' - evento 94).

A testemunha arrolada pelos réus, Sr. ALENOAR JOSÉ DA SILVA, afirmou que trabalha na farmácia desde o final do ano de 2012 e que teve conhecimento dos fatos relatados na petição inicial; que os 3 réus são sócios da empresa, sendo que VANESSA é a farmacêutica, IGOR é quem fica no caixa e controla o setor financeiro junto com sua mãe YUKIE; que o sistema do PFPB é alimentado pela testemunha e por VANESSA. Questionada sobre o problema ocorrido com a cliente de Rondônia, que efetuou a compra de um medicamento em janeiro/2016 e depois foram constatadas dispensações indevidas de medicamentos nos meses subsequentes, a testemunha afirmou que tais fatos podem ter ocorrido em razão da rotatividade de funcionários no período, que ficavam entre 2 a 3 meses e não permaneciam. De acordo com a testemunha, quando esses funcionários eram contratados, a dispensação dos medicamentos era ensinada e delegada a eles, os quais não eram cadastrados, porém utilizavam a sua senha. **Nesse contexto, a testemunha atribuiu a ocorrência do problema a alguma falha desses funcionários, que eventualmente podem ter lançado a dispensação dos medicamentos no sistema de forma indevida.** Afirmou, ainda, que não tem conhecimento do lançamento de vendas de medicamentos sem a respectiva entrega para o beneficiário, seja por parte dos sócios da empresa ou por ordem destes. Quanto à dispensação de medicamentos para pessoas que não reconheceram suas assinaturas nos documentos, a testemunha, reconhecendo sua falha, afirmou que em situações pontuais (ex: impossibilidade de deslocamento do beneficiário por motivo de doença) o medicamento era entregue a algum familiar, mediante coleta de assinatura, para evitar que a pessoa tivesse que apresentar procuração para tanto; que o controle de estoque do estabelecimento era feito pelos sócios e pela testemunha; que a entrada e saída de mercadorias era controlada no computador da empresa; que a divergência de estoque pode ser explicada por eventual entrega de medicamentos de mesmo princípio ativo, mas de marca diferente da constante na receita; que não recebeu orientação para lançar no sistema medicamentos que não foram entregues aos beneficiários; que o procedimento para retirada de medicamentos era o seguinte: a pessoa apresentava seus documentos pessoais e a receita médica, que eram fotocopiados pelo estabelecimento, a venda era efetuada, eram emitidas 2 notas, sendo que uma era entregue para o cliente e outra ficava com a farmácia; os medicamentos eram entregues somente mediante apresentação da receita; **que os réus não eram 100% organizados e confiavam nos funcionários, não eram centralizadores, o trabalho era delegado aos colaboradores da empresa;** eventualmente ocorriam trocas de medicamentos,

mas de mesmo princípio ativo, que não geram riscos aos pacientes; que na época da auditoria a testemunha foi questionada pela fiscalização se tomava medicamento para controle de hipertensão e, na época, respondeu que não, porém, não se lembrou que há 2 anos passou por problemas familiares que comprometeram sua saúde; que não havia venda fictícias; que os proprietários souberam das dispensações de medicamentos para pessoas falecidas e no CPF da cliente de Rondônia somente com a auditoria, após a notificação do MPF; que é comum a apresentação de receitas com carimbos e assinaturas de médicos ilegíveis; que o perfil do usuário do PFPB é de pessoas mais simples, humildes; que não se lembra quando utilizou o medicamento para hipertensão; que não sabe explicar a razão das pessoas entrevistadas pela auditoria terem afirmado que não precisavam dos medicamentos, pois todos foram entregues conforme o que estava prescrito; que as dispensações lançadas no CPF da cliente de Rondônia durante 4 meses (fevereiro, março, abril e maio/2016) decorreram de falha humana não percebida pela empresa, vez que os cupons não foram assinados (cf. 'VÍDEO5' - evento 94).

A testemunha arrolada pelos réus, Sr.^a MARIA DO CARMO PINHEIRO, afirmou que é cliente da farmácia e já fez compras no âmbito do PFPB; que, poucas vezes, foi atendida pela ré VANESSA; que os réus IGOR e YUKIE ficam no caixa; que para retirar os medicamentos a testemunha apresentava a receita médica e seus documentos pessoais, os quais era copiados pela farmácia; que eventualmente retirou medicamentos de uso contínuo; que não teve problemas utilizando o PFPB; que às vezes o medicamento entregue não era o mesmo constante da receita, mas o princípio ativo era idêntico; que a farmácia não ligava todos os meses para avisar que o medicamento estava disponível; que foi entrevistada pelos fiscais da auditoria em sua residência, mas na ocasião não se lembrou se tomava todos os medicamentos mencionados por eles; que a entrevista durou em torno de 20 minutos; que não se lembra do jeito que os documentos foram assinados na farmácia; que não se lembra se já tomou remédios para diabetes; que quando foi questionada pelos auditores se a assinatura constantes nos cupons era sua, não soube identificar, pois estava sem seus óculos (cf. 'VÍDEO6' - evento 94).

Embora, por meio da prova oral produzida em audiência, sob o crivo do contraditório, a parte ré tenha tentado justificar as inconsistências apontadas na esfera administrativa, as versões apresentadas pelos sócios da empresa, em seus depoimentos pessoais, e por suas testemunhas, dentre elas um de seus colaboradores, não se coadunam com as demais provas coligidas nos autos.

Por mais que os réus sustentem que as irregularidades são fruto de falha humana de funcionários que já não trabalham na empresa, da simplicidade das pessoas que foram entrevistadas pela auditoria ou de lapso de memória de seu colaborador, ouvido na audiência, não é crível que, na qualidade de administradores da farmácia, não tenham percebido a diferença de caixa na ordem de mais de R\$100.000,00, sobretudo por se tratar de empresa de pequeno porte (microempresa), e a dispensação irregular de medicamentos por cerca de 4 meses a cliente residente em Rondônia - que, aliás, foi prejudicada

durante esse período, pois não conseguiu retirar seus medicamentos na sua cidade natal - e em nome de pessoas falecidas ou ainda as divergências de estoque.

O réu IGOR, por exemplo, disse que retornou do Japão em 2011 e começou a trabalhar na farmácia, mas não interfere na condução do negócio, ficando apenas no caixa e que não sabe como a empresa é administrada, mas que, provavelmente, tal encargo cabe à sua irmã, vez que sua mãe apenas o auxilia no caixa, quando necessário.

À época em que a ré FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA foi auditada (abril/2017), o aludido réu, sócio administrador desde 2009, estava trabalhando na empresa há pelo menos mais de 5 anos. Assim, não é possível conceber que, ao longo de todo esse período, o demandado não saiba sequer quem é o responsável pela administração da empresa da qual é proprietário.

*Também não se mostra verossímil as afirmações apresentadas pela ré VANESSA YURI FUGIMOTO de que as irregularidades podem ter ocorrido por falhas de funcionários, vez que nem todas as vendas eram feitas por ela. Ainda que se considere que, de fato, as vendas não se concentravam na pessoa da ré, **na qualidade de responsável técnica e sócia administradora da empresa é seu dever zelar pela atuação correta da atividade e sobretudo pela observância das regras estabelecidas no PFPB, ante o convênio firmado com a União.***

Observe-se que os fatos apurados pela auditoria do DENASUS e imputados aos réus são graves (v.g. dispensação de medicamentos à pessoas falecidas, utilização de CPF alheio por cerca de 4 meses, impossibilitando que o beneficiário do programa pudesse usufruir regularmente de seu direito) e corroborados por extensa prova documental, a qual não foi infirmada pela parte ré.

Apesar dos esforços do funcionário da ré, Sr. ALENOAR, ter tentado justificar as irregularidades, colocando-se, inclusive, como responsável por alguns deles, não há evidências que corroborem com suas afirmações. Na oportunidade da auditoria, por exemplo, afirmou que não tomava remédios para hipertensão, que foram dispensados em seu nome no âmbito do PFPB, porém, em juízo, justificou-se dizendo que, naquela época, havia se esquecido que há cerca de 3 anos utilizou tal medicamento devido problemas familiares, entretanto, não apresentou nenhuma documentação que comprovasse sua afirmação. É certo que não incumbe a testemunha fazer prova do que alega - tal ônus é incumbência das partes -, contudo, uma vez compromissada, é seu dever dizer a verdade e, no caso, não é possível assegurar que ela tenha, efetivamente, feito uso do fármaco; as provas constantes nos autos demonstram o contrário.

A auditoria apurou diversas ilegalidades, tais como a falta de apresentação dos cupons vinculados e receitas médicas referentes às dispensações, a falta

de parte das notas fiscais de aquisição dos medicamentos dispensados, além da dispensação de medicamentos em nome de pessoas falecidas.

Os lançamentos de vendas inexistentes estão comprovados pelo relatório final do Departamento Nacional de Auditoria do SUS - DENASUS, do Ministério da Saúde, cuja conclusão está acima transcrita.

Os fatos ali descritos ostentam presunção relativa de legalidade, legitimidade e veracidade, a gerar verdadeira inversão de ônus da prova, não ilidida nesta ação.

Frise-se, a defesa dos réus não comprovou que as informações contidas no relatório efetuado pelo órgão federal de controle interno não merecem acolhimento. Sua tentativa de justificar as irregularidades não encontram respaldo em nenhuma prova coligida nos autos.

Ao contrário, restou demonstrada a lesão ao erário no montante de R\$ 124.753,77 (cento e vinte e quatro mil setecentos e cinquenta e três reais e setenta e sete centavos), em valores atualizados até 28/10/2017, em razão de diversas irregularidades constatadas, o que caracteriza ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 10, inciso I, da Lei n.º 8.429/1992:

"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;"

Além disso, como evidenciado, os réus violaram os princípios da Administração Pública, incidindo, também, no disposto no artigo 11, inciso I, da mencionada lei, que estabelece:

"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;"

Como é cediço, aqueles que se submetem ao regime jurídico administrativo - como é o caso dos réus, que firmaram convênio com o Ministério da Saúde - devem agir norteados pelos princípios constitucionais da Administração

Pública, dentre os quais, destacam-se a legalidade e a moralidade (art. 37, caput, da CF).

Nesse contexto, as regras estabelecidas pelas Portaria GM/MS nº 971/2012 e nº 111/2016 devem ser rigorosamente observadas pelos demandados, sob pena de sua responsabilização pelas irregularidades, consoante artigos 40 e 37, respectivamente, vigentes à época das dispensações.

Não se trata de consagrar um mero formalismo. As exigências estabelecidas pelos referidos atos normativos são necessárias, pois é preciso verificar a efetiva prescrição médica e a vinculação a uma operação de venda da farmácia (cupom de venda devidamente identificado) para embasar a destinação do recurso público do programa social em questão.

Do contrário, a simples apresentação de declarações de particulares para comprovar a destinação dos medicamentos, sem qualquer comprovação da necessidade médica (receituário) ou vinculação à operação do cupom, tornaria inviável qualquer forma de controle interno da administração das verbas do programa.

A falta de prescrições médicas e cupons vinculados devidamente assinados, além de comprovantes em nome de pessoas falecidas, por si só, são suficientes para concluir que os réus simulavam a venda de medicamentos pelo Programa Farmácia Popular, a embasar o acolhimento dos pedidos formulados pelo MPF na Ação Civil Pública.

Ademais, deve ser dado o devido respeito à manifestação técnica da Administração Pública, de forma que seus atos técnicos (no caso, a auditoria) somente são passíveis de revisão jurisdicional de forma excepcional. No caso, não existem quaisquer elementos concretos para revisitar a análise técnica da documentação dos réus realizada pelo DENASUS.

O acervo probatório permite a formação de um juízo de certeza necessária no sentido de que os lançamentos pelos réus junto ao programa Farmácia Popular de vendas foram inexistentes no período de janeiro/2014 a setembro/2016, nos exatos termos apurados pela auditoria administrativa do DENASUS, razão pela qual os acolho, inclusive para fixação do valor lesado ao erário.

Caracterizados, portanto, os atos de improbidade da parte ré que trouxeram prejuízo ao erário e lesaram os princípios da Administração Pública. Sendo assim, os valores dispendidos pela União devem ser ressarcidos, motivo pelo que a pretensão do MPF é procedente.

Por consequência, o pedido formulado na Ação de Conhecimento n.º 5005985-20.2018.4.04.7004, proposta pela FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA - ME em face da UNIÃO, de declaração de que as irregularidades n.º

478837, 478839, 478841 e 478842 não resultaram em dano ao erário ou ao usuário do PFPB, deve ser julgado improcedente.

Também não procede o pedido de declaração de que a empresa já cumpriu penalidade superior à prevista em lei.

A decisão que apreciou o pedido de tutela de urgência, formulado na mencionada ação conexa, com vista a promover o imediato restabelecimento de sua conexão ao sistema DATASUS, assim consignou (cf. evento 3 dos autos n.º 5005985-20.2018.4.04.7004):

"(...)

A suspensão da conexão ao Sistema DATASUA foi comunicada à requerente em 16/09/2016, nos seguintes termos:

Trata-se do Ofício n.º 589/2016, procedente do Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Município de Umuarama/PR, a qual requisita ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS - DENASUS a realização de uma auditoria no estabelecimento 'FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA - ME, CNPJ N.º 10.768.774/0001-10', a fim de apurar indícios de irregularidades na execução do Programa Farmácia Popular do Brasil - PFPB.

Dessa forma, o Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos/DAF/SCTIE/MS, segundo o comando inserto no artigo 38 caput e § 3º da Portaria GM/MS n.º 111/2016, vêm no sentido de informar que suspenderá preventivamente a conexão com o Sistema de Vendas DATASUS e o pagamento referente à competência de setembro de 2016, bem como solicitará ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS - DENASUS para a instauração do procedimento de averiguação in loco dos fatos na referida empresa, em atendimento à demanda instaurada pelo ilustre Parquet.

Por fim, ressalto que as informações deste Ofício foram encaminhadas também para o e-mail: vyfugimoto@hotmail.com, em 16 de setembro de 2016.

Diante do exposto, comunicamos que permanecerá suspensa a conexão ao Sistema de Vendas DATASUS e pagamento até a conclusão da análise, nos moldes do artigo 39, inciso I da Portaria."

No caso dos autos, há indícios de irregularidades praticadas pela autora, indicados na cópia do ofício acima transcrito e discriminados no Relatório Preliminar acostado ao evento 1, OUT6, o que justifica a adoção da medida preventiva, prevista na norma administrativa referida.

Dessa forma, o que resta demonstrado nos autos, neste momento processual, é que a suspensão preventiva da autora junto ao sistema DATASUS ocorreu de forma fundamentada e em consonância com a legislação em vigência.

Outrossim, não há nos autos, até o momento, elementos que demonstrem ter sido ilegal a atuação administrativa, o que somente a dilação probatória poderá ofertar, de modo a possibilitar ou não o afastamento do ato administrativo supostamente ilegal.

Diante desse contexto, não se vislumbra, ao menos em juízo de cognição sumária, a verossimilhança das alegações.

No que se refere à urgência ou perigo de dano, entendo que também não restou demonstrado a ponto de justificar a supressão do contraditório e a instrução processual.

Assim, em que pesem os argumentos lançados pela parte autora em seu requerimento, especialmente acerca da demora na tramitação do processo administrativo, constato que não estão presentes os requisitos autorizadores da tutela de urgência pleiteada.

À vista disso, não é possível deferir a medida pleiteada neste momento, sendo necessária a regular instauração do contraditório com o fito de colher maiores esclarecimentos sobre a questão posta nos presentes autos.

Ante o exposto, indefiro o pedido de tutela de urgência formulado na inicial.

(...)"

Agora, em juízo de cognição exauriente e após a conclusão da instrução probatória, não vejo razões para alterar a conclusão adotada naquela oportunidade.

Com efeito, uma vez detectada infrações graves, pode a Administração Pública, mesmo antes da apreciação de eventual defesa administrativa, adotar providências acautelatórias.

Os incisos LIV e LV do artigo 5.º da Constituição Federal, ao assegurarem o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, não necessariamente exigem a defesa prévia a qualquer eficácia do ato administrativo impugnado. Se assim fosse, a própria tutela de urgência (pleiteada pela farmácia em juízo) seria inconstitucional, porque não observa a prévia oitiva da parte adversa.

Ora, o ordenamento jurídico contém hipóteses diversas de contraditório diferido, que se justificam em razão da natureza de certos conflitos, e que, em

tais contextos, são constitucionalmente válidas. Tais hipóteses existem, também, no Direito Administrativo, mesmo quando aplicado pelo servidor público. Nesse sentido, a Lei nº 9.784/99, dispõe que:

"Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado."

Lembre-se, a título ilustrativo, a interdição de estabelecimento, medida ainda mais gravosa do que a suspensão de acesso ao sistema, pode constituir tanto penalidade administrativa quanto medida cautelar administrativa (Lei nº 9.847/99, art. 2.º, inciso VI, e art. 5.º). Nesta última hipótese, o contraditório ocorre posteriormente, de modo diferido, sem que isto caracterize ofensa ao devido processo legal.

Não há, portanto, ilegalidade procedimental (aplicação de pena antes mesmo de efetivado o contraditório prévio) a ser afastada.

O afastamento da sanção depende da demonstração de vícios não apenas procedimentais, mas também substanciais na aplicação da medida cautelar. É dizer, cabe ao autuado infirmar as infrações que foram constatadas pelo Poder Público, o que não se verificou no caso em tela.

O relatório final da Auditoria nº 17408 confirma que foi oportunizado e observado o contraditório a ampla defesa, bem como que a autora descumpriu normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, confira-se (cf. 'PROCADM7' - evento 69):

"VII - REGISTRO FINAL SOBRE A NOTIFICAÇÃO

Visando assegurar o amplo direito de defesa, conforme determina a Portaria GM/MS nº 743, de 18/04/2012, e no Inciso LV do Artigo 5º da Constituição Federal, os responsáveis legais pela empresa, Sr. Igor Shody Fugimoto, Srª Vanessa Yuri Fugimoto e Srª Yukie Yoshioka Fugimoto foram notificados respectivamente por meio dos ofícios SEAUD/PR Nº 314, 315 e 316 de 30/05/2017 (AR nº JO647172659BR, JO647172662BR e JO647172645BR recebidos em 05/06/2017), e apresentaram as justificativas referentes às não conformidades apontadas no Relatório Preliminar de Auditoria por meio do seu representante legal.

Desta forma, para as constatações mantidas como não conformes, foram emitidas recomendações de Proposições de Devolução ao Fundo Nacional de Saúde (FNS/MS), bem como, a não liberação pelo DAF/MS, dos valores bloqueados.

VIII - CONCLUSÃO

A empresa FUGIFARMA - FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA - ME na execução do Programa Farmácia Popular do Brasil - Aqui tem Farmácia Popular - descumpriu normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde. A empresa não comprovou as aquisições por meio de notas fiscais os medicamentos/correlatos dispensados no período entre 01/01/2014 e 16/09/2016, bem como verificou-se irregularidades nos cupons e/ou receitas médicas analisadas. Também foram encontrados registros de dispensações de medicamentos no âmbito PFPB em nome de pessoas após a data de óbito, e em nome do funcionário do estabelecimento auditado, o qual não comprovou a regularidade das dispensações realizadas. Foram evidenciadas ainda, dispensações de medicamentos em nome de pessoas que declararam em entrevista à equipe de auditoria, que não utilizam os medicamentos dispensados pela empresa FUGIFARMA - FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA - ME, tampouco possuem as patologias para os quais são indicados.

Verificou-se procedente a denúncia sobre possíveis irregularidades em dispensações de medicamentos e/ou correlatos no âmbito do PFPB encaminhada ao Ministério Público Federal/Procuradoria da República no Município de Umuarama. O auditado reconheceu as irregularidades apontadas pela denunciante.

Dessa forma, como a regularidade das dispensações não ficou comprovada, o valor de R\$ 124.753,77 (cento e vinte e quatro mil setecentos e cinquenta e três reais e setenta e sete centavos) deverá ser devolvido ao Fundo Nacional de Saúde com os devidos acréscimos legais, conforme indicado no módulo Proposição de Devolução, deste relatório. Bem como, a dedução pelo Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos (DAF/MS), do valor de R\$ 2.527,91 (dois mil quinhentos e vinte e sete reais e noventa e um centavos), relativo à competência 09/2016, cujo pagamento encontra-se bloqueado por parte do Ministério da Saúde.

Tendo em vista as irregularidades registradas no relatório, sugere-se que seja encaminhado à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal/Procuradoria da República no Município de Umuarama para conhecimento e adoção de medidas julgadas necessárias.

Por fim, é importante que se esclareça que a implementação das providências de devolução de valores ao Fundo Nacional de Saúde/MS (FNS/MS), conforme mencionado anteriormente e indicado na planilha do capítulo PROPOSIÇÃO DA DEVOLUÇÃO deste relatório, dependerá, a princípio, de notificação a ser expedida pela Diretoria Executiva do FNS/MS, contudo, independentemente dessa notificação o auditado poderá, por iniciativa própria, providenciar referida devolução ao Ministério da Saúde, desde que devidamente atualizada monetariamente por índice oficial adotado pela União, acrescidos dos juros legais, cujas orientações para subsidiar a adoção desse

procedimento para a quitação do débito estão expressas no ANEXO VII - Orientações para quitação do débito." - destaquei.

Assim, confirmado que a suspensão da FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA - ME no Programa decorreu de irregularidades verificadas administrativamente, bem como prevalecendo a presunção de legitimidade, veracidade e legalidade do ato administrativo impugnado, o pedido de declaração de que a empresa já cumpriu penalidade superior à prevista em lei, formulado na ação conexa deve ser julgado improcedente.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PROGRAMA AQUI TEM FARMÁCIA POPULAR. SISTEMA DATASUS. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES. COMPROVAÇÃO. RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE. A suspensão da autora no Programa decorreu de irregularidades verificadas administrativamente e, considerando a presunção de veracidade dos atos administrativos, bem como a obediência aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, deve ser mantido o ato administrativo, porquanto amplamente amparado nas provas produzidas em regular processo administrativo. (TRF4, AC 5000882-90.2018.4.04.7114, QUARTA TURMA, Relator SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, juntado aos autos em 25/04/2019)

ADMINISTRATIVO. PROGRAMA AQUI TEM FARMÁCIA POPULAR. SISTEMA DATASUS. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES. 1. A Portaria n.º 971/2012 do Ministério da Saúde permite, em seu artigo 41, caput, a suspensão preventiva de pagamento ou conexão com o Sistema DATASUS sempre que detectado indício de irregularidade na execução do programa pelos estabelecimentos credenciados. 2. Manutenção da sentença de improcedência do feito. (TRF4, AC 5019539-35.2017.4.04.7108, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 14/12/2018)

Por fim, não aproveita à empresa o argumento de que a UNIÃO, ao limitar sua defesa à legalidade dos atos praticados pela Administração Pública, não se desincumbiu do ônus da impugnação especificada dos fatos.

Ora, o fato de a ré (UNIÃO) não ter se manifestado detalhadamente sobre cada um dos pontos apresentados na petição inicial da Ação de Conhecimento n.º 5005985-20.2018.4.04.7004 não caracteriza revelia, na medida em que, na Ação Civil Pública conexa, proposta anteriormente, todas essas questões já haviam sido debatidas pelo MPF, órgão da União e, além disso, as alegações de fato formuladas pela FARMÁCIA, enquanto autora da mencionada Ação de Conhecimento, estão em contradição com as provas constantes dos autos."

Como se observa, a prova dos autos é robusta quanto à prática das condutas imputadas aos demandados na inicial da ação civil pública originária, não merecendo acolhimento a tese absolutória, fundamentada, basicamente e de forma genérica, em afastar as irregularidades apontadas e/ou apontar prováveis explicações e "culpados" para os fatos, em razão de *"trocas de funcionários com contratos de experiência"*, *"troca de sistema"*, *"pode ter ocorrido a alteração de prescrição médica ou a pessoa pode possuir várias assinaturas diferentes e esquecer que assinou"* (depoimento pessoal de VANESSA), *"não tem ideia do que aconteceu"*, *"o serviço era totalmente delegado aos funcionários"*, *"os problemas ocorreram devido a equívocos dos funcionários"* (depoimento pessoal de YUKIE), *"não sabe como a farmácia é administrada"*, *"seus familiares sempre trabalharam como quiseram e ele não interferia"* (depoimento pessoal de IGOR).

Considerando o parentesco entre os demandados e a sociedade empresária caracterizada como microempresa, evidenciando negócio familiar de pequeno porte, consigno que o cotejo entre as afirmações prestadas em juízo e a diferença de caixa no montante de mais de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em período de janeiro de 2014 a setembro de 2016 não se mostra verossímil. A quantia é considerável para não ter sido observada por quem estava à frente da administração, afinal uma sociedade empresária, pessoa jurídica por meio da qual o empresário exerce a empresa, não se administra sozinha.

Ressalte-se que não se está desconsiderando a possível ocorrência de falhas humanas, o que poderia, em tese, configurar mera irregularidade administrativa desprovida de dolo e afastar as prescrições da LIA. Não é disso que se trata. A caracterização de um ato ímprobo vai além. E para tanto, valho-me da lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

"hodiernamente, o iter a ser percorrido para identificação do ato de improbidade haverá de ser iniciado com a comprovação da incompatibilidade da conduta com os princípios regentes da atividade estatal, vale dizer, com a inobservância do princípio da juridicidade, no qual avultam em importância os princípios da legalidade e da moralidade. " (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 446).

A hipótese apresenta diversas irregularidades as quais devem ser analisadas em conjunto para a verificação do dolo nas condutas. Aliás, seja pelos depoimentos pessoais, seja pelo depoimento da testemunha Alenoar, além dos documentos acostados, não há como deixar de observar conduta de descaso com a *res publica* quando, na condição de agentes públicos, enquadrados nos termos do art 2º da LIA, bem deveriam zelar e destinar os recursos públicos federais à finalidade pactuada no convênio com a União Federal.

Ocorre que, ainda que se desconsidere atuação dolosa para suas condutas, os demandados incorreram, no mínimo, com culpa. Ao administrarem

sociedade empresária participante de convênio com o Governo Federal (destinatária de recursos públicos federais, portanto), sem observar as regras para o regular desempenho da função pública, não é a conduta esperada do agente público, o qual só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Não resta dúvida, pois, quanto à atuação dolosa (e, no mínimo, culposa) dos réus na prática de conduta ímproba.

Assim, consigno que o conjunto probatório é farto em apontar as condutas irregulares de FARMÁCIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA., IGOR SHODY FUGIMOTO, VANESSA YURI FUGIMOTO e YUKIE YOSHIOKA FUGIMOTO, incorrendo ambas nos tipos descritos nos artigos 10, inciso I, e 11, inciso I, ambos da Lei n.º 8.429/1992.

4. Sanções aplicadas

4.1. Multa civil

O pedido para que a fixação da multa civil seja somente em face da pessoa jurídica não prospera, senão vejamos.

As penas aplicáveis ao agente público que pratica ato de improbidade administrativa estão previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 de forma escalonada, a partir incidência das normas previstas nos arts. 9º a 11 do mesmo diploma, de acordo com a gravidade das condutas.

Para adequada fixação de sanções pela prática de ato de improbidade administrativa, o Magistrado deve atender a critérios de razoabilidade, fundamentando a opção e a quantidade de pena em elementos valorados de acordo com a natureza e a gravidade do caso concreto. Ademais, na dosagem da sanção deve ter presente, ainda, valoração da personalidade do agente, sua vida pregressa na administração pública, o grau de participação no ato ímprobo, seus reflexos e consequências (TRF4, AC 5001183-28.2013.404.7109, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Salise Monteiro Sanhotene, juntado aos autos em 15/05/2015).

Na hipótese em exame, verifico que na aplicação das penalidades, o Magistrado *a quo* considerou a extensão do dano causado ao erário e o proveito econômico obtido pelos agentes públicos.

Especificamente acerca da multa civil, mantenho a condenação tal qual determinado na sentença, uma vez que, considerando que "*as pessoas jurídicas são sujeitos de direito, possuindo individualidade distinta das pessoas físicas ou jurídicas que concorreram para a sua criação*"¹, bem como o que se comprovou nestes autos, tanto a pessoa jurídica quanto seus administradores devem responder pelo ato ímprobo.

Ressalte-se que a sanção em comento não ostenta natureza indenizatória, ao revés, caráter eminentemente pedagógico, "*punindo o infrator pelo ato ilícito praticado e dissuadindo ele próprio e os demais infratores em potencial da prática de novas infrações*", razão pela qual revela-se adequada e proporcional.

As cominações ora fixadas atendem aos parâmetros legais e levam em consideração as condutas extremamente danosas ao probó manuseio de verbas federais destinadas ao custeio de políticas públicas de cunho social, revestindo-se de caráter punitivo e intimidatório em relação a gestores e demais agentes públicos e particulares. São cominações proporcionais e razoáveis, tendo em vista o caso concreto.

4.2. Depósito judicial

A defesa insiste na argumentação de que a sentença, ao fixar o prejuízo ao erário em R\$ 124.753,77 (cento e vinte e quatro mil setecentos e cinquenta e três reais e setenta e sete centavos) desconsiderou o depósito judicial de R\$ 120.755,67, (cento e vinte mil setecentos e cinquenta e cinco reais e sessenta e sete centavos) efetuado em setembro/2018, bem como o valor retido de R\$ 3.998,10 (três mil novecentos e noventa e oito reais e dez centavos), que seria pago à empresa.

Tal irresignação restou desacolhida em sede de embargos declaratórios, cuja fundamentação adoto como razões de decidir:

De fato, a sentença considerou como prejuízo ao erário o valor total apurado pela auditoria administrativa do DENASUS (R\$124.753,77). Contudo, o depósito judicial (R\$120.755,67) e o valor bloqueado pelo Ministério da Saúde (R\$3.998,10) somente poderão ser deduzidos daquele montante acaso ocorra o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que proferida, vale dizer, na hipótese de sua manutenção, sob pena de ofensa ao devido processo legal. Sim, pois se houver a reforma da sentença, com o afastamento dos atos de improbidade administrativa e a consequente absolvição dos réus, não haverá prejuízo a ressarcir e aqueles valores lhes serão restituídos.

Desse modo, não há que se confundir o valor indicado na sentença embargada (R\$124.753,77), com o depósito efetuado pelos embargantes na Ação de Conhecimento n.º 5005985-20.2018.4.04.7004 (R\$120.755,67), a título de garantia do juízo, e com a importância bloqueada pelo Ministério da Saúde em virtude das irregularidades (R\$3.998,10).

Em suma, a dedução pleiteada pelos embargantes somente é cabível acaso a sentença permaneça incólume e transite em julgado ou na hipótese de reconhecimento da procedência do pedido formulado pelo autor.

Ademais, assevero que, ainda que bem fundamentada no ponto a sentença, assevero que o pedido, ao meu ver, assemelha-se aos efeitos da ação de consignação em pagamento, notadamente quando pendente litígio sobre o objeto do pagamento (art. 355, inciso V, CC), por meio da qual o devedor, ao depositar a prestação em juízo tem a seu favor ilidir eventual mora, obtendo, ainda, efeito liberatório da obrigação.

Apenas como reforço argumentativo porquanto o caso dos autos não trata de ação consignatória, acresço à fundamentação jurisprudência desta Corte a impossibilidade de ação de consignação em pagamento ajuizada para pagamento de valores decorrentes de supostos atos de improbidade, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. INEPICIA DA INICIAL. VALORES DERIVADOS DE RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Só é possível a consignação em pagamento nas hipóteses legais quando o pagamento pressupõe uma obrigação derivada de um contrato, ou seja, quando há uma relação contratual ou tributária.

2. O apelante pretende consignar valores decorrentes de supostos atos de improbidade, em razão de responsabilidade extracontratual por infração a dever legal, violando direito e causando dano, conforme artigo 186 do CC, para o que não há previsão legal.

(TRF4, AC 5008141-92.2015.4.04.7001, Quarta Turma, Rel. Des. Federal Luís Alberto D Azevedo Aurvalle, DJe 22/03/2016)

Assim, uma vez que a ação de conhecimento ainda discute a pretensão posta em Juízo pelo autor (pendente de trânsito em julgado, portanto), não há como abater, neste momento, o valor do depósito com aquele apurado como prejuízo ao Erário.

Concluo, pois, que a sentença deve ser mantida na sua integralidade.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Documento eletrônico assinado por **MARGA INGE BARTH TESSLER, Desembargadora Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40002163778v66** e do código CRC **74542809**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARGA INGE BARTH TESSLER

Data e Hora: 7/12/2020, às 20:29:33

5005782-58.2018.4.04.7004

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO VIRTUAL DE 27/11/2020 A 07/12/2020

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5005782-58.2018.4.04.7004/PR

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER

PRESIDENTE: DESEMBARGADORA FEDERAL VÂNIA HACK DE ALMEIDA

PROCURADOR(A): CÍCERO AUGUSTO PUJOL CORRÊA

APELANTE: FARMACIA E DROGARIA FUGIMOTO LTDA (RÉU)

ADVOGADO: MÁRCIO ANTONIO BATISTA DA SILVA (OAB PR016379)

APELANTE: VANESSA YURI FUGIMOTO (RÉU)

ADVOGADO: MÁRCIO ANTONIO BATISTA DA SILVA (OAB PR016379)

APELANTE: IGOR SHODY FUGIMOTO (RÉU)

ADVOGADO: MÁRCIO ANTONIO BATISTA DA SILVA (OAB PR016379)

APELANTE: YUKIE YOSHIOKA FUGIMOTO (RÉU)

ADVOGADO: MÁRCIO ANTONIO BATISTA DA SILVA (OAB PR016379)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta da Sessão Virtual, realizada no período de 27/11/2020, às 00:00, a 07/12/2020, às 14:00, na sequência 150, disponibilizada no DE de 18/11/2020.

Certifico que a 3ª Turma, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:

A 3ª TURMA DECIDIU, POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

RELATORA DO ACÓRDÃO: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER

VOTANTE: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER

VOTANTE: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO

VOTANTE: DESEMBARGADORA FEDERAL VÂNIA HACK DE ALMEIDA

MÁRCIA CRISTINA ABBUD
Secretária